Datum
Date 19.12.2007 Schr/071219_COE.doc

An
To G. Tranel, Kreis Coesfeld

Von
From H. Schröder, Rödl & Partner GbR

Betrifft
Subject Inhouse-Fähigkeit der Regionalverkehr Münsterland GmbH

Bezug
Ref. E-Mail von Herrn Gerrit Tranel an Herrn Jörg Niemann vom 6.12.2007 (12:40 Uhr)

Ausgangslage

Die Regionalverkehr Münsterland GmbH (kurz: **RVM**) verfügt mit Stand zum 31.12.2006 (vgl. S. 15 des Online-Geschäftsberichtes der RVM) über insgesamt 52 Gesellschafter. Zu diesen zählen u.a. die Westfälische Verkehrsgesellschaft mbH (kurz: **WVG**) mit 29,17%, die Wirtschafts- und Bäderbetriebe Oelde GmbH mit 0,66%, die Grevenener Verkehrs GmbH mit 0,22% sowie zahlreiche Kreise, Städte und Gemeinden mit unterschiedlich hohen Anteilen. Unternehmensgegenstand der RVM ist nach § 2 Abs. 1 des vorliegenden Gesellschaftsvertrages u.a. die „*Einrichtung und Betrieb von Linien- und Freistellungsverkehren*“.

Die **WVG** fungiert als Betriebsführungsgesellschaft, d.h. erbringt Personenbeförderungsleistungen, für die RVM. Gesellschafter der WVG sind die Kreise Borken, Coesfeld, Hochsauerlandkreis, Soest, Steinfurt, Unna und Warendorf zu je 7% sowie die Westfälisch-Lippische Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH (bzw. der Landschaftsverband Westfalen-Lippe, vgl. obige E-Mail von Herrn Gerrit Tranel vom 6.12.2007) mit 51% (vgl. S. 84 des Beteiligungsberichtes des Landschaftsverband Westfalen-Lippe 2006). Die RVM ist an der WVG nicht unmittelbar beteiligt.

Fragestellung

Ist eine Beauftragung (im Sinne der EU-Vergaberichtlinien) der RVM im Wege der europäischen Inhouse-Rechtsprechung, gemessen am sog. Kontrollkriterium, möglich?

Stellungnahme

Ein dem Vergaberecht unterfallender öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 GWB setzt voraus, dass zwei unterschiedliche Rechtssubjekte Partner des Vertrages sind. Dies wirft immer dann Schwierigkeiten auf, wenn ein öffentlicher Auftraggeber mit einer Institution einen Vertrag schließen will, die in irgendeiner Art und Weise in die Organisation des öffentlichen Auftraggebers eingegliedert ist.

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen unterstellt werden kann, dass ein öffentlicher Auftraggeber eine Aufgabe selbst erledigt, wenn für die Durchführung ei-

ne besondere Organisationseinheit des Auftraggebers gewählt wird (sog. „Inhouse-Geschäft“).

Der *Europäische Gerichtshof* (kurz: EuGH) hat in seinem wegweisenden Urteil vom 18.11.1999 in der Rechtssache „Teckal“ (C-107/98) das Vergaberecht für anwendbar gehalten, wenn ein öffentlicher Auftraggeber (dort waren mehr als 40 italienische Kommunen beteiligt), wie etwa eine Gebietskörperschaft, beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren (bzw. Bau- oder Dienstleistungen) zu schließen.

Etwas anderes, d.h. kein Vergaberecht, kann nur dann gelten (so jüngst: *EuGH*, Urteil vom 19.4.2007 – C-295/05), wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person

- eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen („Kontrollkriterium“)

und

- wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Körperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben („Wesentlichkeitskriterium“).

Das Wesentlichkeitskriterium ist nicht Gegenstand dieses Vermerks.

a) **Keine private Kapitalbeteiligung**

Nach der Rechtsprechung des EuGH schließt die - auch nur minderheitliche - Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen (*EuGH*, Urteil vom 18.1.2007 – C-220/05; Urteil vom 6.4.2006 – C-410/04; Urteil vom 10.11.2005 – C-29/04; Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03).

In der vorliegenden Ausgangssituation sind an der RVM insgesamt drei Unternehmen in privater Rechtsform beteiligt, d.h. die WVG, die Wirtschafts- und Bäderbetriebe Oelde GmbH und die Grevenener Verkehrs GmbH. Fraglich ist daher, ob es sich bei der RVM um eine inhouse-schädliche sog. gemischt-wirtschaftliche Unternehmung handelt oder um eine inhouse-neutrale sog. gemischt-öffentliche Gesellschaft.

Um keine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft handelt es sich in dem Fall, wenn mehrere öffentliche Auftraggeber insgesamt die Anteile an der Gesellschaft halten, wenn auch in unterschiedlicher Höhe (*EuGH*, Urteil vom 19.4.2007 – C-295/05).

Die überwiegende und bislang bekannte EuGH-Inhouse-Rechtsprechung zeichnet sich dadurch aus, dass auf Seiten des/r öffentlichen Auftraggeber/s in der Regel Gebietskörperschaften, also z.B. Kreise, Städte und Gemeinden, in Erscheinung getreten sind. Die öffentliche Auftraggeberseite war also bislang überwiegend homogen strukturiert. Soweit ersichtlich und nachvollziehbar hat der EuGH erstmals mit dem Urteil vom 19.4.2007 (C-295/05) neben Gebietskörperschaften auch sonstige öffentliche Einrichtungen (dort: eine staatliche Holdinggesellschaft, ein staatlicher Garantiefonds sowie vier autonome Regionen) der Annahme des Kontrollkriteriums als nicht widersprechend angesehen.

Vorliegend wäre also danach zu fragen, ob die WVG, die Wirtschafts- und Bäderbetriebe Oelde GmbH und die Grevenener Verkehrs GmbH als öffentliche Stellen i.S. der EuGH-Inhouse-Rechtsprechung zu qualifizieren wären. Ob die vorgenannten Einrichtungen z.B. den öffentlichen Auftraggeberbegriff nach § 98 GWB erfüllen, bedarf aber einer gesonderten Einzelfallbetrachtung. Verfolgt bspw. eine dieser Unternehmen einen erwerbswirtschaftlichen Zweck und tritt alswerbendes Unternehmen am Markt auf, so kommt es nicht einmal auf die Zusammensetzung der Gesellschafter an (vgl. dazu auch: *OLG Celle*, Beschluss vom 10.11.2005 – 13 Verg 12/05). In letzterem Fall wäre die RVM als ein inhouse-schädliches gemischt-wirtschaftliches Unternehmen zu kennzeichnen.

Bezogen auf die Auslegung des Kontrollmerkmals ist weiter zu fragen, ob auf die Kontrollmöglichkeit des beauftragenden Gesellschafters abzustellen ist oder die verschiedenen öffentlichen Anteilseigner als Einheit betrachtet werden müssen. Besonders problematisch sind die Fälle, in denen der beauftragende öffentliche Auftraggeber nur Minderheitsgesellschafter ist. Nach der o.g. EuGH-Inhouse-Rechtsprechung (Urteil vom 19.4.2007 - C-295/05) folgt jedoch grundsätzlich, dass das Kontrollkriterium nicht in Bezug auf jedes einzelne Mitglied erfüllt sein muss, sondern auf die Gesamtheit der Mitglieder abzustellen ist. Entscheidend ist nach dem EuGH (Urteil vom 19.4.2007 - C-295/05), *„der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, [Anm.: was] grundsätzlich darauf hindeutet, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigene Dienststellen ausübt“*.

Nach dem EuGH ist damit das Kontrollmerkmal zwar auch durch mehrere öffentlich-rechtliche Anteilseigner grundsätzlich gemeinsam erfüllbar. Allerdings ist dies lediglich als ein Indiz (*„hindeutet“*) zu werten. Daher sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung alle weiteren maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu beachten, um eine *„Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“* zu bejahen oder nicht.

b) Sonstige gesellschaftsvertragliche Regelungen

Zu den sonstigen Umständen zählen z.B. die Rechtsform. So bietet die GmbH – wie hier – grundsätzlich umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten zugunsten der öffentlichen Gesellschafter.

Von Bedeutung kann ferner die Besetzung des Aufsichtsrates sein. Besteht der Aufsichtsrat mehrheitlich aus Vertretern der öffentlichen Auftraggeber, so spricht dies eher für das Vorliegen des Kontrollkriteriums. Vorliegend wird der Aufsichtsrat zu 2/3 „von der Gesellschafterversammlung“ gewählt (vgl. § 6 Abs. 1 des vorliegenden Gesellschaftsvertrages der RVM).

Ferner deutet eine umfassende Berichtspflicht der Geschäftsführer auf eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle hin.

Von Interesse ist auch, ob und in welchem Umfang ein zustimmungspflichtiger Katalog von Aufgaben besteht, welche die Geschäftsführung nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vornehmen darf. Es ist also darauf zu achten, dass der Geschäftsführung keine beträchtlichen Vollmachten zur Erledigung auch wichtiger Geschäfte zustehen, die praktisch ohne Kontrolle der Geschäftsführung durch die Anteilseigner ausgeübt werden können.

Wichtig ist auch, ob der Gesellschaftsvertrag privatem Kapital offen steht oder nicht.

Schließlich und auch zu beurteilen ist, ob eine auftraggeberseitige Einflussnahme auf und tatsächliche Kontrolle über strategische Entscheidungen und einzelne Geschäftsführungsentscheidungen vorliegt. Ist dies nicht der Fall, erscheint das Vorliegen des Kontrollkriteriums fraglich zu sein.

Ob der Gesellschaftsvertrag der RVM die beispielhaft o.g. Inhouse-Anforderungen erfüllt, bedarf einer eingehenden Vertragswürdigung, die den Rahmen dieses Vermerks sprengen würde.

c) Ergebnis

Die Analyse der Entscheidungen des EuGH zur Inhouse-Vergabe zeigen, dass die europäischen Richter die Inhouse-Kriterien nicht starr anwenden, sondern wertend und einzelfallabhängig dem jeweiligen Sachverhalt anpassen.

Deshalb stellt eine Vielzahl öffentlicher Gesellschafter eines auftragnehmenden Unternehmens – wie hier – allenfalls ein Indiz für das Vorliegen des Kontrollkriteriums im Sinne der EuGH-Inhouse-Rechtsprechung dar, weist aber eine entsprechende Kontrolle nicht automatisch nach. Es erscheint deshalb aus Grün-

den der vergaberechtlichen Risikominimierung und Prävention zielführend zu sein,

1. die Anzahl der öffentlichen Gesellschafter der RVM auf eine überschaubare Zahl zu reduzieren, um den vom EuGH unterstellten Interessengleichklang der öffentlichen Gesellschafter beim Inhouse-Geschäft transparenter darstellen zu können, und
2. ggf. den Gesellschaftsvertrag der RVM zu optimieren, um die bloß indizielle Wirkung der alleinigen öffentlichen Anteilsinhaberschaft für das Vorliegen der Inhouse-Fähigkeit der RVM statuarisch zu bekräftigen.

d) Exkurs

Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vom 23.10.2007 (sog. Nachfolgeverordnung 1191/69/EG) enthält für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die nicht den europäischen Vergaberichtlinien unterfallen (z.B. Dienstleistungskonzessionen), spezielle Vergaberegulungen.

Den vergaberechtlichen Inhouse-Grundsätzen ähnlich sind hierbei die Regelungen der sog. Direktvergabe an einen internen Betreiber in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Der Anwendungsbereich der vorgenannten Verordnung ermöglicht eine Direktvergabe an eine rechtliche getrennte Einheit dann, wenn *„die zuständige örtliche Behörde [...] eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht“*.

Aufgrund der Ähnlichkeit der von der Inhouse-Rechtsprechung und der neuen ÖPNV-Verordnung verwendeten Begrifflichkeiten („Kontrollkriterium“) spricht doch einiges dafür, dass in beiden Anwendungsbereichen (Vergaberecht und ÖPNV-Verordnung) ähnliche Auslegungsgrundsätze hinsichtlich der „vergaberechtsfreien“ Beauftragung, sei es im Wege des Inhouse-Geschäfts oder der Direktvergabe, gelten könnten. Da die neue ÖPNV-Verordnung aber erst vor kurzem, d.h. am 3.12.2007 im Amtsblatt der EU veröffentlicht wurde, bestehen hierzu allerdings noch keine gesicherten Erkenntnisse.

gez.

Holger Schröder

Rechtsanwalt

Teamleiter Vergaberecht